



COUR DE CASSATION

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 19 mars 2021

**AVIS DE M. FRANCOIS MOLINS,
PROCUREUR GÉNÉRAL**

Arrêt n° 654 du 2 avril 2021

Pourvoi n° 19-18.814

Décision attaquée : arrêt du 5 juillet 2018 de la cour d'appel de Paris

M. A... X...

C/

la société Air liquide France industrie

1. Faits et procédure.	3
2. Les questions posées à l'assemblée plénière de la Cour de cassation	3
2.1 Question posée au soutien du pourvoi incident.	3
2.2 Question posée au soutien du pourvoi principal.	4
2.3 Question posée à l'assemblée plénière de la Cour de cassation.	4
2.4 Avis aux parties sur le fondement de l'article 1015 du code de procédure civile.	4
3. Le pourvoi incident	4
3.1 Le grief.	5
3.2 L'erreur.	5
4. La recevabilité du pourvoi principal	6
5. La recevabilité du moyen qui reproche à la cour d'appel d'avoir statué conformément à l'arrêt de la Cour de cassation qui l'a saisie.	7
6. Le principe de l'irrecevabilité et le droit au recours : une nécessaire évolution	8
6.1 La genèse du principe de l'irrecevabilité	8
6.2 Le principe d'irrecevabilité consacré par la chambre mixte de la Cour de cassation en 1971.	9
6.3 La fragilité de ce principe.	10
6.3.1 L'absence de fondement juridique	10
6.3.2 Une justification juridique incohérente et contradictoire avec la procédure du second pourvoi.	12
6.3.3 Une justification juridique incohérente avec la procédure d'admission des pourvois et les nouvelles méthodes de travail de la Cour de cassation.	13
6.3.4 Une justification pratique fondée sur une stratégie judiciaire peu pertinente ¹⁴	14
6.3.5 Le principe de l'irrecevabilité et la bonne administration de la justice.	15
6.3.6 Le principe de l'irrecevabilité et le principe de la sécurité juridique.	16
6.3.7 Le principe de l'irrecevabilité, la sécurité juridique et le droit au recours	17
6.3.8 Conclusion	19
7. Le principe de l'irrecevabilité et l'application d'une nouvelle jurisprudence aux instances en cours : une nécessaire évolution.	20
7.1 La mission de cohérence dévolue au juge de cassation.	20
7.2 La valeur normative de la jurisprudence, le principe de rétroactivité et la modulation des effets d'un revirement de jurisprudence.	23
8. Conclusion générale sur la nécessaire évolution du principe de l'irrecevabilité du moyen.	27
9. Application au cas d'espèce	29
9.1 La recevabilité ou l'irrecevabilité.	29
9.2 Le fond du dossier	32

1. Faits et procédure

M. A... X... (le salarié) a été engagé le 5 avril 1982 en qualité de personnel de fabrication, par la société Air liquide ; son contrat de travail a été transféré à la société Air liquide France industrie (l'employeur) en mai 2011.

Exerçant différents mandats syndicaux et de représentant du personnel, il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir paiement de rappels de salaires et de dommages et intérêts pour discrimination syndicale.

Par jugement du 26 juin 2012, le conseil de prud'hommes de Paris l'a débouté de ses demandes. En cause d'appel, le salarié a ajouté une demande en paiement de dommages et intérêts en réparation d'un préjudice d'anxiété sur le fondement de l'article 1147 du code civil.

Par arrêt du 1^{er} avril 2015, la cour d'appel de Paris a annulé le jugement pour défaut de motivation et évoquant l'affaire et statuant à nouveau, a débouté le salarié de ses demandes au titre de la discrimination syndicale et a condamné l'employeur à lui payer la somme de 20 000 euros en réparation de son préjudice d'anxiété du fait de son manquement à son obligation contractuelle de sécurité.

Par arrêt du 28 septembre 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation, au visa de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, a reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si les établissements dans lesquels le salarié avait été affecté, figuraient sur la liste des établissements mentionnés à cet article et a cassé l'arrêt, mais seulement du chef de dispositif condamnant l'employeur à payer au salarié une somme au titre du préjudice d'anxiété.

Par arrêt du 5 juillet 2018, la cour d'appel de Paris a constaté la recevabilité de l'appel et débouté le salarié de sa demande au titre du préjudice d'anxiété au motif que l'indemnisation du préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante répond à un régime spécifique qui n'est ouvert qu'aux salariés travaillant ou ayant travaillé dans un établissement de leur employeur figurant sur la liste des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Par ailleurs, par arrêt du 5 avril 2019, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, dans un autre dossier, que tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante peut agir contre son employeur sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans un établissement figurant sur la liste des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Le 3 juillet 2019, le salarié a formé un pourvoi contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 5 juillet 2018 et l'employeur a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Par arrêt du 24 novembre 2020, la chambre sociale a renvoyé ce pourvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

2. Les questions posées à l'assemblée plénière de la Cour de cassation

2.1 Question posée au soutien du pourvoi incident

L'appel du salarié est-il recevable en ce que la déclaration d'appel désigne en tant qu'intimée la "SA Air Liquide (ALFI)" et non la société Air Liquide France Industrie ?

2.2 Question posée au soutien du pourvoi principal

Le pourvoi principal est-il recevable à défaut de signification par l'employeur de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 juillet 2008 ?

Le moyen qui reproche à la cour d'appel de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de la Cour de cassation qui la saisissait, alors qu'après cet arrêt de cassation, la Cour de cassation avait opéré un revirement de jurisprudence sur la même question, dans une autre affaire, est-il recevable ?

2.3 Question posée à l'assemblée plénière de la Cour de cassation

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le moyen par lequel il est reproché à la cour d'appel de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'a saisie est irrecevable. Cette jurisprudence peut-elle évoluer dans le sens de la recevabilité du moyen si un revirement de jurisprudence, postérieur à l'arrêt de renvoi, permet au demandeur au pourvoi de bénéficier de ce revirement ?

2.4 Avis aux parties sur le fondement de l'article 1015 du code de procédure civile

Lors de la séance d'instruction du 14 décembre 2020 consacré au pourvoi, il est apparu que la recevabilité du moyen du pourvoi principal, en ce qu'il critique une décision rendue par la cour d'appel de renvoi, conformément à la doctrine de la Cour de cassation alors en vigueur, pourrait s'apprécier à la lumière des principes d'accès à un tribunal et de sécurité juridique, tels que dégagés par la Cour européenne des droits de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3. Le pourvoi incident

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevable l'appel du salarié, alors que selon le moyen unique de cassation pris en trois branches, l'appel serait irrecevable, sur le fondement de l'article 58 du code de procédure civile, en ce que la déclaration d'appel désigne en tant qu'intimée la "SA Air Liquide (ALFI)" et non la société Air Liquide France Industrie.

Devant la cour d'appel de renvoi, la société Air liquide France industrie a observé que la déclaration de saisine après renvoi effectuée par le salarié désignait comme intimée la société Air liquide (ALFI), société qui n'existait pas, et qui ne pouvait, au mieux, que

concerner la société Air Liquide.

Elle rappelait que la société Air Liquide n'avait pas été partie en première instance, ni devant la cour d'appel et soutenait en conséquence que l'appel de M. X... ne pouvait pas être dirigé contre celle-ci, en vertu des dispositions de l'article 547 du code de procédure civile selon lesquelles en matière contentieuse l'appel ne peut être dirigé que contre ceux qui ont été partie en première instance.

[Les articles 1032 et 1033 du code de procédure civile](#) disposent que "la juridiction de renvoi après cassation est saisie par déclaration au greffe de cette juridiction et que cette déclaration contient les mentions exigées pour l'acte introductif d'instance devant cette juridiction".

[L'article 547 du code de procédure civile](#) dispose " qu'en matière contentieuse, l'appel ne peut être dirigé que contre ceux qui ont été parties en première instance. Tous ceux qui ont été parties peuvent être intimés.

En matière gracieuse, l'appel est recevable même en l'absence d'autres parties. "

[L'article 58 du code de procédure civile](#) dispose que "l'acte de saisine contient, à peine de nullité, l'indication de la dénomination et du siège social de la personne morale contre laquelle la demande est formée".

[L'article 114 du code de procédure civile](#) précise cependant que la nullité d'un acte de procédure pour vice de forme ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité.

3.1 Le grief

L'acte (ou déclaration) de saisine de la cour d'appel de renvoi ([article 58 du code de procédure civile](#)) seul mis en cause par le moyen, n'est pas une déclaration d'appel ([article 547 du code de procédure civile](#)), de sorte que l'article 547 du code de procédure civile ne s'applique pas (2e Civ., 14 janvier 2021, pourvoi no 19-14.293).

Or, force est de constater que devant la cour d'appel, le moyen était fondé sur les dispositions de l'article 547 du code de procédure civile qui sanctionne d'une irrecevabilité l'appel dirigé contre une personne qui n'était pas partie en première instance, alors que le moyen soumis à la Cour de cassation est fondé sur les dispositions de l'article 58 du code de procédure civile qui est sanctionnée par une nullité. (On note qu'aucun grief n'est allégué en l'espèce à l'appui de la nullité.)

Donc le moyen est nouveau et exige de prendre en compte des faits nouveaux, le grief notamment, de sorte qu'il est irrecevable.

Enfin, le grief (en tout cas dans la première branche) invoque à la fois l'irrecevabilité de l'appel (première phrase de la première branche du moyen) et la nullité de la déclaration d'appel (deuxième phrase de la première branche du moyen).

3.2 L'erreur

En outre, à titre subsidiaire, on ajoutera que le grief porte sur la déclaration d'appel qui désigne en tant qu'intimée la "SA Air Liquide (ALFI)" et non la société Air Liquide France Industrie.

Or, la formulation exacte de la déclaration de saisine porte la mention suivante :

« Je vous remercie de bien vouloir audier l'affaire citée en référence opposant mon client, Monsieur A... X..., à son employeur, la SA AIR LIQUIDE (ALFI), affaire qui revient après cassation et dont vous trouverez ci-joint copie de la décision en date du 28 septembre 2016 ».

Ainsi, l'erreur porte ici non pas sur la qualité de la personne citée mais plutôt sur une erreur de dénomination de la personne morale.

Cette erreur est matérielle puisque la désignation comporte en elle-même une incohérence, étant observé que l'acronyme de la SA AIR LIQUIDE ne peut donner « ALFI ».

Surtout, en pratique, il n'a pu en résulter aucun grief puisque, comme le relève expressément la cour d'appel, il n'y a aucune ambiguïté sur la partie désignée dès lors qu'il est précisé que le litige oppose le salarié à son employeur, d'une part, que la décision de cassation est jointe à la déclaration de saisine, d'autre part.

En l'espèce la cour d'appel a constaté que : "Il résulte des pièces de la procédure que M. X..., salarié de la société Air liquide France industrie, a régulièrement engagé son action devant le conseil de prud'hommes de Paris à l'encontre de son employeur désigné sous la dénomination société Air liquide France industrie – ALFI, que dans son arrêt du 1^{er} avril 2015, la cour d'appel de Paris a désigné la partie intimée dans son en-tête sous la dénomination de la société Air liquide France industrie (ALFI) venant aux droits de la société Air liquide et que la déclaration de saisine après renvoi de cassation indique bien que M. X... agit contre son employeur désigné étant la société Air liquide (ALFI), et que le greffe a convoqué la société Air liquide (ALFI) à l'adresse du siège de la SA Air liquide France industrie. Il s'ensuit que la dénomination, même incomplète, de la partie intimée utilisée par M. X... dans sa déclaration d'appel – la société Air liquide (ALFI) ne laisse aucune ambiguïté sur l'identité de celle-ci, puisque l'acronyme ALFI correspond bien à la société Air liquide France industrie."

La cour d'appel en a justement tiré la conséquence que l'appel du salarié est recevable. Enfin, les dernières conclusions sont bien dirigées contre la société Air liquide France Industrie.

Ainsi, il résulte de ce qui précède que l'erreur de dénomination de la personne morale, ensuite rectifiée, est sans incidence et que l'assignation n'encourt pas la nullité et n'affecte pas la recevabilité de l'appel, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation du 3e Civ., 18 septembre 2013, pourvoi no 12-16.357 :

« Mais attendu qu'ayant relevé qu'il avait été jugé qu'aucun autre syndicat des copropriétaires n'avait jamais existé, que l'erreur de dénomination de la personne morale avait été rectifiée dans les conclusions déposées devant la cour d'appel postérieurement à l'arrêt du 20 novembre 2007, que le syndicat avait été assigné en vertu de l'article 908 du code de procédure civile et que les demandes formées contre celui-ci avaient le même objet et tendaient aux mêmes fins que celles contenues dans l'assignation introductive d'instance, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'erreur de dénomination de la personne morale, ensuite rectifiée, était sans incidence et que l'assignation n'encourait pas la nullité et n'affectait pas la recevabilité de l'appel. »

Je suis donc au rejet non spécialement motivé en ce que d'une part la première branche du moyen renvoie à la nullité de la déclaration d'appel en application de l'article 58 du code de procédure civile : le moyen est nouveau, la société Air liquide France Industrie ayant seulement soulevé l'irrecevabilité de l'appel en application de l'article 547 du code de procédure civile, dans ses conclusions devant la cour d'appel de renvoi.

D'autre part, il ressort des motifs de l'arrêt que la cour d'appel n'a pas retenu, contrairement à ce que soutient le moyen, que la déclaration de saisine après renvoi recelait une erreur : elle a au contraire estimé que, si la dénomination « Air liquide » mentionnée pour désigner l'intimé était incomplète, l'indication de l'acronyme ALFI, correspondant à la société Air liquide France industrie ayant qualité d'employeur, acronyme également mentionné dans l'arrêt du 1^{er} avril 2015, écartait toute ambiguïté : elle a fait ainsi ressortir qu'il n'y avait aucune erreur sur la déclaration d'appel.

Avis de rejet non spécialement motivé sur le pourvoi incident.

4. La recevabilité du pourvoi principal

L'employeur, au soutien de son mémoire complémentaire, invite la Cour à relever d'office le grief selon lequel l'arrêt du 5 juillet 2018 ayant été notifié aux parties et le salarié ne contestant pas avoir reçu notification le 19 juillet 2018, le pourvoi introduit par le salarié le 3 juillet 2019 n'est pas recevable.

Par [décret n°2016-660 du 20 mai 2016](#), l'article [R. 1454-26 du code du travail](#) a été modifié en

ce sens que désormais la notification des décisions par le greffe n'est pas prévue pour les arrêts des cours d'appel statuant en matière prud'homale.

Ainsi, ces arrêts se trouvent soumis au droit commun de [l'article 675 du code de procédure civile](#) qui dispose que "Les jugements sont notifiés par voie de signification à moins que la loi n'en dispose autrement."

Par arrêt du 20 mars 2019, la chambre sociale de la Cour de cassation, Soc., 20 mars 2019, pourvoi no 18-12.582, a jugé, sur le fondement de [l'article 675 du code de procédure civile](#) "qu'est recevable le pourvoi formé contre un arrêt plus de deux mois après sa notification dès lors qu'il n'est pas allégué qu'il aurait, en outre, été signifié."

Il résulte de ce qui précède que seule la signification à parties des arrêts des cours d'appel statuant en matière prud'homale fait courir le délai de pourvoi en cassation. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 juillet 2018 n'a pas été signifié par l'employeur au salarié, de sorte que le délai de pourvoi en cassation n'ayant pas couru, le pourvoi principal est recevable.

Je suis donc au rejet de ce grief si la Cour envisageait de le relever d'office.

5. La recevabilité du moyen qui reproche à la cour d'appel d'avoir statué conformément à l'arrêt de la Cour de cassation qui l'a saisie

Le moyen unique à une branche fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le salarié de sa demande de dommages et intérêts en réparation de son préjudice d'anxiété aux motifs que ce régime spécial n'est ouvert qu'aux salariés travaillant ou ayant travaillé dans un établissement mentionné à [l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998](#) ; alors qu'en application des règles du droit commun, sur le fondement [de l'article 1147 du code civil](#), [dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016](#), régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur, pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Il convient de rappeler à ce stade, pour une meilleure compréhension du litige, que l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 a mis en place un dispositif permettant aux salariés ayant été exposés à un risque lié à l'amiante d'obtenir une allocation (Allocation de cessation d'activité anticipée des travailleurs de l'amiante - ACAATA).

Mais pour en bénéficier, les salariés doivent avoir travaillé dans un établissement figurant sur une liste fixée par arrêté.

La chambre sociale de la Cour de cassation a, en outre, jugé que ces salariés

pouvaient

également demander à leur employeur réparation d'un préjudice d'anxiété, sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité mais limité les bénéficiaires de cette indemnisation aux salariés travaillant ou ayant travaillé dans un établissement figurant sur la liste prévue par la loi de 1998 (Soc., 11 mai 2010, pourvoi no 09-42.241, et 16 autres, Bull. 2010, V, no 106).

La chambre sociale a réaffirmé que la réparation du préjudice d'anxiété ne pouvait être admise, pour les salariés exposés à l'amiante, qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, de sorte que le salarié qui n'avait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à cet article ne pouvait prétendre à l'indemnisation d'un préjudice moral au titre de son exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (Soc., 26 avril 2017, pourvoi no 15-19.037, Bull. 2017, V, no 71).

C'est sur la base de cette jurisprudence que la cour d'appel de Paris a rendu l'arrêt déféré du 5 juillet 2018.

Or, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 5 avril 2019 (Ass. plén., 5 avril 2019, pourvoi no 18-17.442), a opéré un revirement de jurisprudence et jugé que désormais tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité et obtenir réparation de son préjudice d'anxiété, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans un établissement figurant sur la liste prévue par la loi de 1998.

Ainsi, la question se pose de savoir si le salarié peut se prévaloir, dans le cadre du réexamen de son pourvoi devant la Cour de cassation, après l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, d'un revirement de jurisprudence qui lui ouvre désormais le droit à réparation de son préjudice d'anxiété. Ceci implique au préalable, afin de procéder à un réexamen au fond du dossier, d'écarter le principe selon lequel le moyen qui reproche à la cour d'appel d'avoir statué conformément à l'arrêt de la Cour de cassation qui l'a saisie, est irrecevable. du droit à réparation du plaideur.

Dans un premier temps, il convient de donner un avis sur la justification de l'application du principe de l'irrecevabilité au regard d'une double interrogation sur le droit au recours effectif et sur le principe de l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence.

Il conviendra dans un second temps d'appliquer les conséquences de ces conclusions au cas d'espèce.

6. Le principe de l'irrecevabilité et le droit au recours : une nécessaire évolution

6.1 La genèse du principe de l'irrecevabilité

Aucun texte ne prohibe le second pourvoi après l'arrêt de la cour d'appel de renvoi.

En outre, aucune disposition ni du code de procédure civile ni du code de l'organisation judiciaire ne régit la recevabilité du second pourvoi formé contre la décision de la cour de renvoi lorsque celle-ci a fait sienne l'analyse juridique de l'arrêt de cassation qui l'a saisie et s'y est conformée.

La juridiction de renvoi après cassation conserve son entière liberté de décision et n'est pas tenue de se conformer à la décision de la Cour de cassation : cette « plénitude de juridiction » est consacrée à [l'article 638 du code de procédure civile](#).

[L'article L. 131-2, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire](#) ordonne le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation si la juridiction de renvoi résiste à la solution donnée par un arrêt de cassation en statuant dans le même sens que la décision censurée par cet arrêt, et si la décision de la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens.

En revanche, aucun texte ne régit la recevabilité du pourvoi formé et des moyens soulevés par une partie contre un arrêt de la cour d'appel de renvoi qui s'est conformée à la doctrine de la Cour de cassation qui l'a saisie.

Le pourvoi formé dans ce cas est-il recevable ? Qu'en est-il des moyens soulevés à l'appui de ce pourvoi ?

La solution ne s'impose pas avec évidence car cela conduit, dans le cadre d'un second pourvoi, à demander à la Cour de cassation de revenir sur le point de droit qu'elle a déjà tranché à propos de la même affaire, ou au contraire, de considérer que ce point, sur lequel la juridiction de renvoi s'est prononcée conformément à l'arrêt de cassation, est définitivement jugé.

Comme le rappelait le premier avocat général [M. de Gouttes, au soutien de son avis en 2006](#), la jurisprudence a mis du temps à se fixer et la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu des arrêts en sens contraire :

- un premier arrêt du 17 janvier 1835 énonçait que l'arrêt attaqué avait adopté, sur le moyen, la doctrine de la Cour de cassation et avait rejeté les moyens produits sur cette question ; que, dès lors, le demandeur n'était pas recevable à présenter et faire valoir le même moyen devant la Cour de cassation.

- un second arrêt du 21 février 1835, sous la présidence de Portalis et sur les conclusions du procureur général Dupin, retenait au contraire qu'aucune disposition législative ne s'oppose à ce qu'une partie qui a été assignée dans un précédent pourvoi comme défenderesse, se présente ensuite comme demanderesse en cassation contre l'arrêt intervenu par suite de l'arrêt de cassation rendu sur le pourvoi de l'autre partie.

6.2 Le principe d'irrecevabilité consacré par la chambre mixte de la Cour de cassation en 1971

La jurisprudence s'est fixée en 1971 par un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation, (Ch. mixte., 30 avril 1971, pourvoi no 61-11.829, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre mixte no8, p9), qui a jugé, dans une espèce où un revirement de jurisprudence s'était produit postérieurement à l'arrêt de cassation ayant saisi la juridiction de renvoi dont la décision était attaquée, que :

"Attendu que l'arrêt attaqué a été rendu sur renvoi, après annulation par la Cour de cassation d'une décision... ; que la cour d'appel a suivi la doctrine de l'arrêt de la Cour de cassation ; que le moyen se borne à reprendre les motifs de la décision annulée ;

Or, attendu que l'article 15 de la loi du 3 juillet 1967 (devenu [l'article L.431-6 du code de l'organisation judiciaire](#)) prévoit la possibilité de saisir la Cour de cassation, laquelle doit alors statuer en assemblée plénière lorsque le deuxième arrêt, rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité, est attaqué par les mêmes moyens ;

Qu'au contraire, la Cour de cassation ne peut être appelée à revenir sur la doctrine

affirmée en son premier arrêt lorsque la juridiction de renvoi s'y est conformée ;

Qu'il en résulte que n'est pas recevable le moyen par lequel il est seulement reproché à la cour de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'a saisie".

Ce principe a été confirmé (2e Civ., 26 octobre 2000, pourvoi no 98-19.387, Bulletin civil 2000, II, no 145 ; Soc., 7 avril 2004, pourvoi no 02-40.725, Bull., 2004, V, no 113).

Puis, cette solution a reçu une nouvelle consécration de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, appliquée au cas dans lequel, postérieurement à l'arrêt saisissant la juridiction de renvoi, un revirement de jurisprudence est intervenu, remettant en cause la doctrine sur laquelle se fondait cet arrêt (Ass. plén., 9 juill. 1993, pourvoi no 89-19.211 ; ° 05-11.966, Bull. 2006, Ass. plén., no 14; Ass. plén., 19 juin 2015, pourvoi no 13-1 9.582, Bull. 2015, Ass. plén., no 2).

Sur avis contraires des premiers avocats généraux M. de Gouttes en 2006 et M. Charpenel en 2015 qui invitaient la Cour à affirmer que le moyen était recevable en raison de la modification du droit positif applicable en la matière, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que : "Le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable, peu important que postérieurement à l'arrêt qui saisit la juridiction de renvoi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ait rendu, dans une autre instance, un arrêt revenant sur la solution exprimée par l'arrêt saisissant la juridiction de renvoi" (sommaire Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi no 05-11.966, Bull. 2006, Ass. plén., no 14; Sommaire Ass. plén., 19 juin 2015, pourvoi no 13-1 9.582, Bull. 2015, Ass. plén., no 2).

C'est très précisément à cette hypothèse que correspond le présent pourvoi, dans lequel, postérieurement à l'arrêt rendu par la cour d'appel de renvoi, un revirement de jurisprudence est survenu sur la question de fond soumise à la juridiction de renvoi, de nature à commander une solution différente par la Cour de cassation saisie d'un nouveau pourvoi contre l'arrêt d'appel rendu sur renvoi.

Deux observations :

1/ Ce n'est pas le pourvoi mais le moyen qui tend à revenir sur la doctrine de la Cour de cassation qui est déclaré irrecevable de sorte que le pourvoi peut être attaqué sur d'autres moyens.

Mais, si comme en l'espèce, le pourvoi ne comporte qu'un moyen unique qui tend à revenir sur la doctrine de la Cour, dans ce cas, cette interprétation stricte des conditions de la recevabilité du pourvoi revient à fermer la voie du second pourvoi au plaideur. évolution jurisprudentielle émanant de la plus solennelle formation de la haute juridiction qui lui ouvre désormais le droit à réparation de son préjudice d'anxiété.

C'est précisément parce que cette solution dénie au plaideur un droit d'agir, un droit à un second pourvoi, un droit au réexamen au fond de son dossier, alors même qu'il peut se prévaloir d'une solution différente, qu'elle est critiquable.

6.3 La fragilité de ce principe

Cette solution prétorienne, adoptée en 1971, maintenue depuis lors avec constance, critiquable à bien des égards, a été dénoncée par la doctrine. Elle fait toujours débat et ce principe menacé depuis longtemps explique qu'il soit régulièrement "remis sur le métier" devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation notamment en 2006, en 2015 et encore aujourd'hui.

6.3.1 L'absence de fondement juridique

Ce principe consacré par l'assemblée plénière ne résulte d'aucun texte exprès mais d'un raisonnement « a contrario » des termes de l'article 15 de la loi de 1967 devenu

[l'article L.431-6 du code de l'organisation judiciaire](#) par « une interprétation audacieuse que l'on a peine à comprendre », comme souligné par la doctrine (Jacques et Louis Boré, la cassation en matière civile, Dalloz action, p741, 2015).

Le [conseiller M. Loriferne au soutien de son rapport, pourvoi 05-11.966](#), justifie que "la règle consacrée par l'assemblée plénière, si elle ne résulte d'aucun texte exprès, est commandée par la logique du recours en cassation.

Dès lors que le litige est irrévocablement jugé, l'existence d'un revirement de jurisprudence ultérieur à propos d'une autre affaire n'est pas susceptible d'avoir une incidence quelconque.

Définie par l'article 122 du nouveau code de procédure civile comme un moyen qui tend à faire

déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, la fin de non-recevoir est un moyen de mettre fin à l'instance en niant l'existence même de l'action.

En se plaçant sur le terrain de l'irrecevabilité, la Cour de cassation ne préjuge en rien du bien-fondé de la prétention. Elle se contente de dénier au plaideur le droit d'agir."

Or " *Les décisions de la Cour de cassation sont par principe dénuées de l'autorité de la chose jugée ; Cette infériorité surprenante de la Cour suprême par rapport aux juridictions ordinaires s'explique par le fait que bien qu'étant, par sa procédure et le mode d'élaboration de ses arrêts, une juridiction, elle ne l'est pas dans ses décisions mêmes, qui ne jugent pas mais censurent celles des autres juges* " (F. Zenati " La saisine pour avis de la Cour de cassation ", Recueil Dalloz 1992, p. 247)

En effet, ce qui a autorité immédiatement et qui s'impose, c'est le dispositif de l'arrêt de cassation, c'est-à-dire l'annulation de l'arrêt de cour d'appel. Mais le fait que la décision ait autorité de la chose jugée dans son dispositif, ne dit rien de l'autorité de l'arrêt de renvoi sur ces motifs qui sont ceux qui expriment l'interprétation juridique de la Cour de cassation, sur lesquels la cour d'appel de renvoi va elle-même se positionner.

Sur un plan strictement juridique, l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'aux décisions qui tranchent au moins une partie du principal ([article 480 du code de procédure civile](#)). Or les arrêts de cassation avec renvoi, par définition, ne tranchent pas le principal mais seulement une question juridique : c'est la cour de renvoi qui va vider le litige.

Donc, " l'autorité juridique " de " la doctrine formulée " par l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation est conditionnelle ; elle dépend de son approbation et de sa mise en œuvre par la cour d'appel.

Or, selon le principe jurisprudentiel sur l'irrecevabilité du moyen, elle devient pure et simple du jour où la juridiction de renvoi a statué conformément à cette doctrine, le défendeur au premier pourvoi, qui a subi la cassation, se voyant en effet refuser tout droit de former à son tour un recours en cassation dans le seul but de demander à la Cour suprême de se déjuger et de revenir sur la doctrine confirmée par la cour de renvoi.

Si, au contraire, la juridiction de renvoi résiste à la doctrine juridique de l'arrêt de cassation, ce qu'il lui est loisible de faire sans commettre un excès de pouvoir, son arrêt, sur nouveau pourvoi, sera soumis à l'appréciation de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, conformément aux [articles 619 du code de procédure pénale](#) et [L.431-6 du code de l'organisation judiciaire](#).

Or, au soutien de son avis précité, le premier avocat général M. de Gouttes insistait sur le fait que cette argumentation juridique n'est pas suffisante : "le fait que soit prévue la saisine de l'assemblée plénière lorsque la cour d'appel de renvoi refuse de s'incliner n'exclut pas nécessairement la possibilité d'examiner un pourvoi frappant un arrêt s'inclinant devant la Cour de cassation.

Il ne découle pas, en effet, de la lettre des textes que le réexamen d'une affaire soit limité à l'hypothèse d'un conflit entre le juge de cassation et le juge de renvoi.

Admettre l'irrecevabilité peut laisser entendre que la solution retenue par la Cour de cassation devient une doctrine incontestable dès lors que la cour de renvoi choisit de s'incliner.

Pourtant, techniquement parlant, le premier arrêt de cassation n'est pas revêtu d'une autorité de chose jugée empêchant sa remise en cause, puisque les juges de renvoi ont la faculté de se rebeller.

Il faudrait dès lors considérer, pour justifier l'irrecevabilité, que c'est l'arrêt de renvoi qui donne sa pleine force juridique à la "doctrine" de la Cour de cassation qu'il choisit d'adopter. Mais cette aptitude des juges de renvoi à attribuer à la décision de la Cour de cassation une "puissance doctrinale définitive" ne s'impose pas en elle-même."

Dans le même sens sur l'autorité de la chose jugée, le professeur Libchaber souligne que *"lorsqu'elle est saisie de droit en raison d'une résistance de la cour d'appel de renvoi à un premier arrêt de cassation, l'assemblée plénière joue un rôle institutionnel particulièrement fort. Il rappelle que cette résistance à la position de la Cour a été prévue par le législateur et donc acceptée dans son principe, comme contribuant à une meilleure élaboration du droit : " il eût en effet été facile au législateur de prévoir qu'après un arrêt de cassation, la juridiction de renvoi devrait obligatoirement s'incliner devant la position de la Cour, comme cela a parfois été proposé en doctrine, sur le modèle du Conseil d'Etat (l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif et à chacun des motifs de la décision de cassation l'article L821-2 al 2 du code de justice administrative) de certains droits étrangers. Si le législateur ne l'a pas voulu, c'est qu'il admet le caractère possiblement constructif de toute rébellion, émanât-elle d'un juge unique statuant en premier et dernier ressort "* (R.Libchaber, " Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? ", RTD Civ. 2001 p.226).

Donc cette solution limite de manière stricte et restrictive les conditions de recevabilité du second pourvoi alors qu'il ne résulte pas des termes de la loi que le législateur ait entendu limiter les conditions d'accès au second pourvoi.

En outre, elle confère un caractère irrévocable à l'arrêt de renvoi qui s'est conformé à la doctrine de la Cour et dès lors une autorité de la chose jugée aux motifs du premier arrêt de cassation alors qu'aucun texte ne le prévoit.

Ainsi, elle empêche la remise en cause du premier arrêt de cassation et par voie de conséquence, elle ferme au plaideur la voie du recours à un second pourvoi alors qu'aucun texte ne le prévoit.

En outre, elle dénie au plaideur un droit d'agir, ce qui constitue une fin de non-recevoir qui n'est pas prévue par les dispositions de [l'article 122 du code de procédure civile](#) relatives aux fins de non-recevoir gouvernant le droit d'agir et le principe jurisprudentiel n'est pas fondé sur cet article.

Enfin, cette solution ne met pas fin au litige puisque la cour d'appel peut se rebeller et dans ce cas les parties peuvent soulever à l'occasion d'un second pourvoi d'autres moyens que celui critiqué et former un pourvoi incident. Force est de constater que l'autorité de la chose jugée qui ne peut sérieusement fonder cette irrecevabilité, n'est pas acquise, ce qui d'ailleurs est démontré par l'utilisation de la sémantique de " doctrine de la Cour " et la faculté de résister des cours d'appel, de sorte que le litige n'est pas clos.

6.3.2 Une justification juridique incohérente et contradictoire avec la procédure du second pourvoi

Si d'une part les cours d'appel ont la faculté de résister et d'autre part les plaideurs peuvent soulever à l'occasion d'un second pourvoi d'autres moyens, c'est bien la démonstration que le litige n'est pas clos.

A cet égard, on relèvera que, selon une recherche réalisée dans le cadre d'un groupe de travail de la Cour de cassation, sur la période du 1er janvier 2010 au 31 décembre 2019, 60 % des décisions d'assemblée plénière rendues suite à un cas de " rébellion " donnent lieu à un arrêt de rejet, donc la Cour de cassation revient sur ses décisions, ce qui conforte l'idée selon laquelle le débat n'est pas clos.

Ainsi, dans le cadre d'un second pourvoi faisant suite à une résistance, il n'est pas exceptionnel de voir l'assemblée plénière désavouer sa jurisprudence et revirer.

En outre, contrairement à ce qui a été soutenu par certains auteurs, la recevabilité du moyen ne tend pas à créer un nouveau cas d'ouverture à cassation qui serait la " non-conformité de la décision attaquée à la solution dégagée par l'assemblée plénière ", puisque toute violation d'une règle de droit ouvre un accès à la Cour de cassation. (H. Guyader, la semaine juridique édition générale, n^o5, 31 janvier 2007, II, 10016)

Cette interprétation jurisprudentielle n'est donc pas cohérente avec la procédure du second pourvoi et force est de constater qu'elle crée de fait une inégalité de traitement au regard du recours effectif à un tribunal, puisque pour certains le débat est clos, la voie de recours est fermée alors que pour d'autres le débat et la voie de recours restent ouverts.

Cette inégalité a été soulignée par la doctrine : " cette motivation fatiguée crée une différence de résistance entre les cours d'appel et les parties qui ne jouissent pas du même pouvoir de résistance et doivent s'incliner quand la cour de renvoi s'est conformée à la doctrine de l'arrêt qui la saisissait " (JCP 2015, éd. G, n^o 36, 31 Août 2015, II, 909, note Rémy Libchaber).

On peut légitimement se demander si cette interprétation jurisprudentielle résisterait à un examen de constitutionnalité.

Il y a, au cas d'espèce, une double inégalité de traitement juridique. La première résulte de l'accès au juge de cassation.

Le Conseil constitutionnel, sur le principe d'égalité, décide que ce dernier " ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit . " Cons. const. 7 décembre 2000, n^o2000-435, Cons. const. 28 janvier 2011, n^o2010-92 QPC; Cons. const. 9 novembre 2010, n^o 2010-617 DC ; Cons. const. 7 octobre 2011, n^o2011-175 QPC ; Cons. const. 20 mars 2014, n^o2014-691 DC; Cons. const., 6 février 2015, n^o2014-447).

A cet égard, le Conseil constitutionnel considère, sur le fondement du principe de l'égalité devant la justice, par [Décision n^o 80-113 L du 14 mai 1980](#) que " le recours en cassation, constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles. "

Or, en l'espèce aucune loi ne prévoit la différence de traitement.

En outre, comme le rappelle le demandeur, le Conseil constitutionnel décide qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes d'exercer un recours effectif devant une juridiction ; le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique ne saurait justifier que soit apportée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel (Cons. const. 9 avril 1996, n^o96-373, DC, Polynésie française).

Maintenir ce principe d'irrecevabilité c'est donc maintenir cette inégalité de traitement injustifiée au regard du principe d'égalité devant la loi qui tend à un recours effectif devant une juridiction garanti par la Constitution.

Il convient de noter que cette interprétation " a contrario du texte " n'est d'ailleurs plus visée, les arrêts se contentent d'énoncer le principe sans fondement juridique.

La seconde inégalité de traitement résulte de l'application du principe d'irrecevabilité qui contraint le juge à appliquer une jurisprudence ancienne à un litige qui relève de son champ d'application *ratione temporis*. L'inégalité de traitement juridique surgit

alors entre les situations régies par la jurisprudence ancienne et celles régies par la nouvelle jurisprudence.

6.3.3 Une justification juridique incohérente avec la procédure d'admission des pourvois et les nouvelles méthodes de travail de la Cour de cassation

La doctrine suggère que "plutôt que de fulminer une irrecevabilité dont le fondement textuel est incertain, la Cour de cassation pourrait se contenter de rejeter au fond les pourvois qui l'invitent à revenir sur sa doctrine lorsqu'elle ne le désire pas" (Jacques et Louis Boré, la cassation en matière civile, Dalloz action, p741, 2015).

Or, c'est précisément ce que la procédure d'admission des pourvois en vigueur devant la Cour de cassation prévoit.

En effet, [la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 a introduit dans l'article L. 131-6 du code de l'organisation judiciaire un nouvel alinéa, devenu l'article 1014 du code de procédure civile](#) dispose désormais qu'une formation de trois magistrats de la Cour de cassation "décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation". Les arrêts de rejet non spécialement motivés, qu'on appelait autrefois des décisions de non-admission du pourvoi, sont des décisions juridictionnelles, comme celles qui sont rendues par le Conseil d'État juge de cassation ([art. L. 822-1 du code l'organisation administrative](#)), et elles sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. La Cour de cassation peut d'ailleurs à la fois rejeter sans motivation spéciale certains moyens tout en statuant sur d'autres ([art. 1014, al. 2 du code de procédure civile](#)).

En réalité, les arrêts de rejet non spécialement motivés sont des décisions juridictionnelles rendues au terme d'un débat contradictoire et d'une instruction complète du dossier. Les pourvois ont été jugés, mais la Cour de cassation a considéré qu'ils n'appelaient pas de sa part une motivation particulière. (Extraits Jacques et Louis Boré, la cassation en matière civile, Dalloz action, 858,852).

Ainsi, on arrive au même résultat que le principe d'irrecevabilité : mettre fin au litige rapidement, mais avec un examen du caractère sérieux du pourvoi.

En outre, l'efficacité et l'effectivité de cette procédure est renforcée par la mise en œuvre de circuits différenciés de traitement des pourvois.

En effet, dans le cadre de la réforme du traitement des pourvois, la Cour de cassation procède actuellement à la mise en œuvre de circuits différenciés des pourvois de trois types, un circuit approfondi, un circuit intermédiaire et un circuit court des pourvois dit circuit de l'évidence qui permettra de juger rapidement des pourvois qui ne nécessitent pas de recherches approfondies et dont la solution s'impose (Site Internet de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr ; Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence débat, 24 nov. 2015 : JCP G, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016).

Force est de constater que le juge de cassation, dans le cadre de son office, dispose d'outils procéduraux permettant un examen rapide du pourvoi et le cas échéant un rejet non spécialement motivé mettant rapidement fin au litige ce qui aboutit à la même efficacité que le principe d'irrecevabilité du moyen mais dans le respect des principes fondamentaux d'accès au juge et du procès équitable.

Ainsi, ces outils légaux vident de toute sa substance le principe de l'irrecevabilité du

moyen, mode de filtrage qui ne dit pas son nom, dépourvu de fondement juridique qui met fin au litige sans examen du caractère sérieux du moyen.

En outre, l'efficacité et l'effectivité de ces outils sont de nature à canaliser les craintes liées à " l'ouverture d'une écluse ".

D'autant que selon une étude réalisée dans le cadre de ce pourvoi, sur la période du 30 avril 1971 au 31 décembre 2020, seulement 239 arrêts, dont les arrêts d'assemblée plénière, ont été recensés déclarant irrecevable un moyen par lequel il est seulement reproché à la cour d'appel de renvoi d'avoir statué en conformité avec l'arrêt de cassation qui l'a saisie (en application de l'arrêt rendu en chambre mixte par la Cour de cassation le 30 avril 1971) ; 239 arrêts sur une période de 50 ans, soit en moyenne 5 arrêts par an. (La recherche n'a pas été effectuée par référence aux décisions de non-admissions ou aux rejets non spécialement motivés.)

Il résulte de ce qui précède que la faiblesse du fondement juridique de cette création prétorienne ne fait pas obstacle à l'évolution du principe de l'irrecevabilité mais au contraire tend à sa nécessaire évolution.

Qu'est-ce qui peut alors encore justifier que l'on maintienne ce principe de l'irrecevabilité du moyen si contestable ?

Les arguments pratiques peinent à convaincre de la justification de cette solution.

6.3.4 Une justification pratique fondée sur une stratégie judiciaire peu pertinente

En réalité ce sont surtout des motifs de politique judiciaire tenant à la sécurité juridique et à la bonne administration de la justice qui ont dicté la solution comme mis en avant par le premier avocat général M. Lindon à l'appui de son avis en 1971, afin de ne pas permettre que la même juridiction, dans la même affaire, puisse donner successivement tort et raison à une même partie.

Il soulignait le risque d'inconstance, voire l'inconsistance de la Cour de cassation qui donne raison un jour à l'un et tort l'autre jour à l'autre.

Le premier avocat général justifiait cette solution par la nécessité de mettre un point final aux dossiers.

En outre, il évoquait la crainte d'exposer une décision rendue conformément à la doctrine de la Cour de cassation à un nouveau pourvoi constituant, selon lui, un facteur d'incertitude.

Il craignait également « qu'à une époque où la justice est constamment mise en accusation, la Cour de cassation ne s'expose à être de la part de l'opinion l'objet d'un reproche de grave inconséquence, préoccupé par l'image « de marque de la justice », il imaginait les gros titres du style "à la cour on joue à qui perd gagne, la cour change son fusil d'épaule tous les cinq ans".

Il concluait sur ces mots « si vous admettez la recevabilité du moyen, ce n'est pas une porte que vous ouvrirez mais une écluse ». (Note Lindon JCP 1971 II N 16800 (3p). Ces arguments ont été dénoncés par la doctrine comme « une posture caricaturale tendant à l'infailibilité de la Cour suprême » laquelle ne saurait se contredire. « Cette affirmation téméraire », explique que ce principe soit régulièrement « remis sur le métier » (Libchaber, note précitée).

En outre, le principe d'irrecevabilité revient à faire application d'une jurisprudence devenue obsolète, au mépris de l'autorité de la solution nouvelle rendue par l'arrêt d'assemblée plénière.

Ainsi, en dépit de l'atteinte que cette décision porte à son autorité, la Cour de cassation juge pourtant que le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel est irrecevable.

En 2015, à l'occasion d'un nouvel examen de ce principe en assemblée plénière, le

premier avocat général, M. Charpenel résumait ainsi la motivation de cette création prétorienne : « *cette solution ne repose pas sur un fondement juridique mais sur une stratégie judiciaire visant à décourager les recours dilatoires, l'insécurité juridique devant être combattue par le refus de la recevabilité dans un souci de bonne administration de la justice* ».

C'est ce qui a conduit à une solution de crainte et « *d'évitement à travers l'irrecevabilité du moyen* », selon l'expression consacrée par C. Bouix (réflexions sur le traitement des seconds pourvois en cassation, procédure, 2018, 15).

Cette crainte a conduit à esquiver la difficulté au moyen de la fiction de l'irrecevabilité ce qui constitue une position plus politique que juridique.

Outre que ces arguments pratiques ont perdu de leur force au regard des dispositions procédurales susmentionnées et des réformes sur le traitement des pourvois, la doctrine a également mis en évidence que la notion de bonne administration de la justice n'est pas suffisamment pertinente pour justifier le principe de l'irrecevabilité du moyen.

6.3.5 Le principe de l'irrecevabilité et la bonne administration de la justice

Selon l'argument retenu de la bonne administration de la justice s'oppose à ce que « la même juridiction, dans la même affaire, puisse donner raison à l'un pour ensuite lui donner tort ».

Mais ce fondement est-il vraiment convaincant lorsqu'il existe par ailleurs des mécanismes légaux dont la mise en œuvre engendre des conséquences similaires ?

Ainsi, la doctrine a démontré que l'article 15 de la loi du 3 juillet 1967 devenu [l'article L.431-6 du code de l'organisation judiciaire](#) décrit un mécanisme conduisant précisément au résultat que les partisans de l'irrecevabilité cherchent pourtant à éviter.

En effet, en application de ce texte, l'assemblée plénière peut être amenée à déjuger l'une de ses chambres. Mais dans ce cas, si l'assemblée plénière décide d'abdiquer devant la résistance de cette cour d'appel, elle déjugera conséquemment la chambre saisie la première fois ; il faut alors admettre que dans le cadre d'une même affaire, la même juridiction, bien qu'autrement composée, aura donné « raison à l'un pour ensuite lui donner tort ». (P. Fleury-Le Gros, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n^o 17, 26 Avril 2007, 1529)

A cet égard, si l'on considère que l'obstacle fondé sur la préservation de la bonne administration de la justice disparaît lorsque la décision émane de la formation la plus solennelle de la Cour de cassation, alors il faut admettre comme le démontraient les premiers avocats généraux dans les avis précités, qu'il n'y avait pas d'obstacle en 2006 ou encore en 2015 à ce que la Cour statue dans le sens de la recevabilité du moyen, pas plus qu'il n'y en a aujourd'hui.

En outre, il convient d'ajouter que la Cour EDH juge qu'une évolution jurisprudentielle n'est pas, en elle-même, contraire à la bonne administration de la justice, lorsque celle-ci ne procède pas d'une circonstance imprévisible et dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration. (CEDH, 12 juillet 2018, Allegre c/ France, n^o 22008/12 et CEDH, 15 juillet 2015, Ferreira Santos Pardal c. Portugal, §71).

Il s'ensuit que la motivation retenue par l'assemblée plénière, en 2006 et 2015, tenant à écarter une évolution jurisprudentielle au motif d'une bonne administration de la justice, pour justifier du principe de l'irrecevabilité du moyen, est contraire à la jurisprudence de la Cour EDH.

En ce sens, la doctrine a mis en évidence que la bonne administration de la justice ne peut être jugée satisfaite par une décision qui ferme au justiciable la possibilité du seul recours permettant de faire valoir un droit. Le terme du procès ne doit pas être obtenu à n'importe quel prix. (C. et L. Ruet, Défrénois, n^o 05/07, note jurisprudence 38552, p363).

Ainsi l'argument tiré de la bonne administration de la justice n'est pas pertinent et ne fait pas obstacle à l'évolution du principe de l'irrecevabilité du moyen. Bien au contraire, il plaide pour sa nécessaire évolution.

Qu'en est-il de la pertinence du principe de la sécurité juridique ?

6.3.6 Le principe de l'irrecevabilité et le principe de la sécurité juridique

"L'obstacle procédural est faible car il est le fruit d'une construction jurisprudentielle contestable, aisément modulable. " (C. et L. Ruet, Défrénois, n^o 05/07, note jurisprudence 38552, p363)

La doctrine a également mis en évidence que le principe de sécurité juridique est une notion polysémique, malléable, évanescence, qui confrontée à une situation, est susceptible de justifier tant une solution que son contraire selon sa sensibilité. Ce constat conduit à opiner dans les deux sens selon le professeur Libchaber dans sa note précitée.

En effet, si la sécurité juridique est entendue comme synonyme de prévisibilité et de confiance, alors l'irrecevabilité du moyen critiquant la position de la Cour peut incarner " un îlot de sécurité ", selon l'expression consacrée par M. Libchaber (note précitée) et appelle à appliquer le principe de non rétroactivité de toute règle nouvelle, condition élémentaire de la prévisibilité.

En sens contraire, si la sécurité juridique s'entend comme la garantie que la Cour de cassation remplit sa mission d'appliquer le droit le plus positif, comme l'assurance donnée aux citoyens que le juge traque perpétuellement les erreurs d'appréciations qu'il est susceptible d'avoir commises ce qui est une façon d'échapper au spectre du déni de justice et de revenir au concept de procès équitable (P-Y. Gautier, RTD Civ, 2000, p592), le procès équitable s'entend comme le droit fondamental de tout justiciable à ce que sa prétention soit entendue par un juge et donc à ce que les obstacles ne soient pas multipliés pour conduire à des dénis de justice (V.B. Oppetit, Philosophie du droit, Dalloz, 1999, n^o109).

Alors, l'immobilisme du principe de l'irrecevabilité tendant à dénier l'accès au juge, aboutissant à laisser dans l'ordonnement juridique des décisions contradictoires, est contraire à la légalité et source d'incohérence, d'inégalité et d'insécurité.

Or, c'est précisément la seconde conception que la Cour de cassation a consacrée dans son arrêt du 21 mars 2000, en jugeant que " La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application d'une solution restrictive du droit d'agir, résultant d'une évolution de jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit " (1^{re} Civ., 21 mars 2000, pourvoi no 98-11.982, Bull. 2000, I, no 97).

Ainsi, force est de constater que le maintien du principe de l'irrecevabilité du moyen dans son acception actuelle de la sécurité juridique est contradictoire et paradoxal avec la conception de la sécurité juridique rapportée à l'office du juge telle que la Cour de cassation l'a consacrée et réaffirmée(3^e Civ., 2 octobre 2002, pourvoi no 01-02.073, Bulletin civil 2002, III, no 200) et notamment par un arrêt d'assemblée plénière, Ass. plén., 23 janvier 2004, pourvoi no 03-13.617, Bull. 2004, Ass. Plén, no 2, sur le fondement du principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable, consacrés par l'article 6 de la Convention EDH en affirmant que " la sécurité juridique ne peut en effet fonder un droit acquis à une jurisprudence figée ni à l'interprétation figée d'une loi ".

Il convient, à mon avis, de rectifier ce paradoxe dans le sens d'une nécessaire évolution du principe de l'irrecevabilité et ce d'autant que cette conception de la sécurité juridique consacrée par votre arrêt du 21 mars 2000, s'inscrit en cohérence avec la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit au recours et au procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention EDH.

6.3.7 Le principe de l'irrecevabilité, la sécurité juridique et le droit au recours

La Cour EDH considère que le droit d'accès à un tribunal, "élément inhérent" au droit qu'énonce l'article 6§1 de la Convention EDH (CEDH, 21 janvier 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n^o4451/70, §36) doit être « concret et effectif » (CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c/France*, c^o23805/94, §38).

L'effectivité du droit d'accès exige qu'un individu « jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits » (idem §36). Néanmoins ce droit d'accès ne revêt pas un caractère absolu et des restrictions sont admises. Mais la Cour EDH encadre et limite de manière générale les hypothèses d'atteinte à la sécurité juridique lato sensu, et parmi celles-ci, à la prévisibilité du droit ou à la confiance légitime (CEDH, 21 janvier 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, no4451/70, §28).

Elle s'assure que les règles procédurales relatives à la formation d'un recours n'empêchent pas les justiciables d'utiliser une voie de recours disponible.

Ainsi, la Cour EDH juge que « la réglementation en question, ou l'application qui en est faite, ne doit pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible » (CEDH, 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, n^o38366/97, § 36 ; CEDH, 12 novembre 2002, *Zvolský et Zvolská c. République tchèque*, n^o46129/99, § 51).

Les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure. (CEDH, 31 janvier 2017, *Hasan Tunç et autres c. Turquie*, n^o19074/05, §§ 32-33).

Or, les précédents développements démontrent que ce principe d'irrecevabilité porte atteinte à l'équité de la procédure.

En ce sens, la Cour EDH rappelle que « le fait d'avoir pu emprunter des voies de recours internes ne satisfait pas nécessairement aux impératifs de l'article 6§1 : encore faut-il constater que le degré d'accès procuré par la législation nationale suffisait pour assurer aux intéressés le « droit à un tribunal », eu égard au principe de la prééminence du droit dans une société démocratique » (CEDH, 21 janvier 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n^o4451/70, §34-35 ; CEDH, 6 décembre 2001, *Yagtzilar et autre c/ Grèce*, n^o41727/98, §27).

Mais l'effectivité du recours en cassation ne peut se satisfaire de ce qu'un premier pourvoi a pu être formé ; il implique qu'un second pourvoi soit ouvert pour tenir compte de l'interprétation d'un arrêt d'assemblée plénière conformément au principe du procès équitable.

En l'espèce, il est bien dénié "un second degré d'accès" au plaideur permettant de tenir compte de l'évolution jurisprudentielle alors même que cette restriction n'est pas prévue par la loi. La Cour EDH a d'ailleurs précisé que le droit à un tribunal "appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus" (CEDH, 15 juillet 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, §51).

En l'espèce, cette barrière empêche les parties de se prévaloir d'un revirement de

jurisprudence qui leur ouvre désormais un droit à l'indemnisation de leur préjudice d'anxiété.

La doctrine a mis en évidence cette barrière : le professeur Libchaber insiste sur le fait que ce principe de l'irrecevabilité "paraît de moins en moins bien correspondre aux besoins de l'élaboration jurisprudentielle et ne va plus de soi quand la légalité objective a changé et qu'une règle nouvelle est invocable devant la Cour alors que le litige n'est pas clos" (note précitée).

D'autres auteurs soutiennent également "qu'il peut y avoir quelque injustice, si un revirement de jurisprudence est intervenu entre temps à ce que le plaideur déjà jugé ne puisse en bénéficier en formant un pourvoi contre la juridiction de renvoi" (Jacques et Louis Boré, la cassation en matière civile, Dalloz action, 2015, p741).

On revient à l'idée que le terme du procès ne doit pas être obtenu à n'importe quel prix (C. et L. Ruet, Défrénois, n^o 05/07, note jurisprudence 38552, p363), celui d'une injustice ?

Or, selon la Cour EDH les limitations au droit à un tribunal ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tel que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. Tel est le cas lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la "sécurité juridique" et de la "bonne administration de la justice" et constitue une sorte de "barrière" qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente (CEDH, 17 janvier 2012, Stanev c. Bulgarie [GC], n^o36760/06, § 230).

La Cour EDH a ainsi jugé que : *"La question relevant du principe de la sécurité juridique, il ne s'agit pas d'un simple problème d'interprétation de la légalité ordinaire, mais de l'interprétation déraisonnable d'une exigence procédurale qui a empêché l'examen du fond d'une demande d'indemnisation, ce qui emporte la violation du droit à une protection effective par les cours et tribunaux.*

Le droit d'action ou de recours doit s'exercer à partir du moment où les intéressés peuvent effectivement connaître les décisions judiciaires qui leur imposent une charge ou pourraient porter atteinte à leurs droits ou intérêts légitimes" (CEDH, 25 janvier 2000, Miragall Escolano et autres c/Espagne, n^o38366/97, §37).

Il est ajouté que la Cour de justice de l'Union européenne considère que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une règle de procédure nationale empêche une bonne application du droit européen (CJUE, 20 octobre 2011, Interedil, 20 octobre 2011, aff. C-396/09 ; 24 mai 2016, Leonmobili, aff. C-353/15).

Si la Cour EDH juge que si le principe de sécurité juridique tend à garantir une certaine stabilité des situations établies et à favoriser la confiance du public dans la justice en revanche, elle a précisé que "toute persistance de décisions de justice divergentes risque d'engendrer un état d'incertitude juridique de nature à réduire la confiance du public dans le système judiciaire, alors même que cette confiance est l'une des composantes fondamentales de l'Etat de droit" (CEDH, 15 juillet 2015, Ferreira Santos Pardal c. Portugal, §42).

Or, la solution d'irrecevabilité du pourvoi a justement pour conséquence d'imposer le maintien de la jurisprudence antérieure devenue désuète. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a consacré la jurisprudence de la Cour EDH par l'arrêt du 21 mars 2000 (1^{re} Civ., 21 mars 2000, pourvoi no 98-11.982, Bull. 2000, I, no 97 et Ass. plén., 23 janvier 2004, pourvoi no 03-13.617, Bull. 2004, Ass. Plén., no 2).

En tout état de cause, la Cour EDH tend à laisser aux Etats une certaine marge d'appréciation pour définir les conditions de recevabilité des recours (CEDH, 15 février 2000, García Manibardo c. Espagne, no 38695/97, § 36) et s'attache surtout à la motivation

des choix opérés dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité.

En effet, pour déterminer si la fermeture d'une voie de recours correspond aux exigences d'un procès équitable, il est nécessaire de procéder à un contrôle de proportionnalité spécifique selon la Cour EDH qui tend à apprécier si la limitation opérée est proportionnée au but poursuivi. En effet, Les limitations ne se concilient avec l'article 6 §1 de la convention EDH que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Or, la possibilité du seul recours permettant au plaideur de faire valoir un droit s'oppose à un obstacle procédural trop formaliste incompatible avec la notion de recours effectif.

L'effectivité du recours en cassation ne peut se satisfaire de ce qu'un premier pourvoi a pu être formé ; il implique qu'un second pourvoi soit ouvert pour tenir compte de l'interprétation d'un arrêt d'assemblée plénière conformément au principe du procès équitable.

L'opposition rigoureuse sans modulation de l'irrecevabilité ne constitue-t-elle pas dès lors une interprétation disproportionnée d'une exigence procédurale ?

Pour certains auteurs cette position est de nature à entraîner la condamnation de la France en raison de la violation de l'article 6 de la Convention EDH (C. et L. Ruet, Défrénois, n^o 05/07, note jurisprudence 38552, p 363).

Ainsi, le principe d'irrecevabilité du moyen est remis en cause par une approche cohérente, évolutive et dynamique du droit, insufflée par la jurisprudence de la Cour EDH consacrée par la Cour de cassation.

Il résulte de ces développements qu'au regard de l'article 6 de la Convention EDH, le principe de sécurité ne fait pas obstacle à l'évolution du principe de l'irrecevabilité mais au contraire tend à son évolution vers la recevabilité du moyen.

6.3.8 Conclusion

Il résulte de l'ensemble de ces développements que les arguments procéduraux, juridiques ou d'ordre pratique invoqués ne justifient pas le maintien de ce principe mais au contraire tendent à sa nécessaire évolution, confortée par l'examen de conventionnalité de ce principe au regard du droit au recours effectif dans son acception du procès équitable.

En outre, les arguments d'évitement qui ont prévalu jusqu'à présent à la solution de l'irrecevabilité manquent désormais de pertinence, compte tenu du rôle et de l'environnement juridique dans lequel évolue le juge de cassation.

En effet, cette nécessaire évolution de la solution d'irrecevabilité s'inscrit également en accord avec la mission de cohérence dévolue au juge de cassation d'assurer l'unité et l'effectivité du droit, d'autant que les effets si redoutés de l'effet rétroactif d'une jurisprudence peuvent être maîtrisés.

7. Le principe de l'irrecevabilité et l'application d'une nouvelle jurisprudence aux instances en cours : une nécessaire évolution

« La rigidité du fonctionnement est signe de faiblesse et non de force. Elle prive ce système juridique de l'élasticité qui lui est nécessaire.

Loin d'atteindre un résultat exemplaire du point de vue constitutionnel, elle peut engendrer un système juridique incapable de fonctionner efficacement lorsque les temps changent. Il ne faut jamais dire jamais: voici pour les juges un sage précepte dans l'intérêt des citoyens ».

(F. Lenica et J. Boucher, Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence », AJDA, p 1577).

Le premier avocat général, M. de Gouttes à l'appui de son avis dans le cadre du réexamen de ce principe par l'assemblée plénière en 2006, n'avait pas manqué de souligner *« qu'au regard du délicat problème de l'application dans le temps des revirements de jurisprudences, la solution de l'irrecevabilité offre l'avantage d'éviter la question très controversée de la rétroactivité des effets de changement de jurisprudence en permettant d'éviter une application de la nouvelle jurisprudence aux instances en cours, avec les inconvénients de la rétroactivité. »*

C'est ce qui a conduit à une solution de crainte et « d'évitement à travers l'irrecevabilité du moyen », selon l'expression consacrée par C. Bouix (réflexions sur le traitement des seconds pourvois en cassation, procédure, 2018, 15).

Cette crainte a conduit à esquiver la difficulté au moyen de la fiction de l'irrecevabilité. Certains auteurs appellent la Cour de cassation à affronter la difficulté soutenant que « les inconvénients de la rétroactivité de la jurisprudence ne peuvent cependant suffire à condamner la Cour de cassation à l'immobilisme, ni a fortiori l'empêcher de rectifier les erreurs d'interprétation qu'elle a pu commettre » (J. Ghestin et G. Goubeaux, Droit civil, introduction générale, LGDJ, 1990, n^o460).

Les raisons d'une nécessaire évolution s'expliquent par la mission de cohérence dévolue au juge de cassation et la modulation dans le temps des effets de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence.

7.1 La mission de cohérence dévolue au juge de cassation

Le droit est une matière vivante et non stratifiée et la Cour de cassation est là pour l'exprimer et corriger inlassablement ce qui fonctionne mal dans notre système normatif et sa propre religion. (V. Ripert et Boulanger, traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, t, 1, 4^e éd. n^o129).

« Cour régulatrice placée au sommet de la hiérarchie judiciaire, appelée à pourvoir à l'interprétation et à l'application uniformes des règles de droit sur l'ensemble du territoire de la République, la Cour de cassation s'est transformée au fil du temps : de simple sentinelle avancée du Corps législatif appelée à prévenir les écarts des tribunaux, elle est devenue, au sommet de la hiérarchie des juridictions qui composent la justice, la cour régulatrice qui donne par sa jurisprudence son exacte mesure à la loi » (La Cour de cassation et le législateur, X. Prétot, doyen de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation,

En effet, traditionnellement la Cour de cassation a pour fonction de contrôler la légalité et la régularité des décisions des juridictions du fond. L'article 604 du code de procédure civile en est l'expression lorsqu'il précise que le pourvoi en cassation « tend à censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

Elle s'assure que les juges du fond se sont confortés à la règle de droit dont elle garantit l'uniformité d'interprétation et d'application. Elle a donc un rôle unificateur puisque toute violation d'une règle de droit ouvre un accès à la Cour de cassation. En censurant cette violation, la Cour de cassation assure l'unité dans l'interprétation de cette règle sur toute l'étendue du territoire national. C'est cette mission unificatrice qui est mise en exergue par l'article L.411-1 du code de l'organisation judiciaire qui dispose qu'il y a, pour toute la République, une Cour de cassation.

Elle garantit ainsi une cohérence jurisprudentielle.

Elle a également pour mission de clarifier, de sauvegarder et de développer les règles de droit notamment en tranchant des questions juridiques de principe et elle assume à ce titre un rôle normatif.

Ce rôle normatif a considérablement évolué et [le rapport annuel de la Cour de cassation de 2018](#), lui est d'ailleurs consacré : " l'étude décrit les nombreuses illustrations de ce rôle normatif, et montre comment elle contribue à la cohérence du système juridique français et son intégration dans un environnement mondialisé. "

A ce titre, la Cour de cassation évite des solutions contradictoires et le morcellement de l'ordonnancement juridique.

" La jurisprudence de la Cour de cassation tend ainsi, par l'interprétation de la règle de droit, à préserver autant que faire se peut l'unité et la cohérence et, pour tout dire, l'applicabilité de notre ordre juridique sans en figer les règles, la souplesse de l'interprétation jurisprudentielle permettant l'adaptation de la règle de droit en fonction de l'évolution des facteurs qui en déterminent l'application" (La Cour de cassation et le législateur, X. Prétot, doyen de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, Revue de droit public, 2019, p373).

A cet égard, soucieuse du rayonnement normatif de son activité juridictionnelle et de la portée effective de ses décisions, elle n'est pas indifférente à leurs conséquences économiques et sociales, qu'elle peut désormais mieux apprécier en raison du rôle reconnu au procureur général qui " rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir", [article L. 432-1 alinéa 3 du code de l'organisation judiciaire](#), " en ce sens qu'il importe que la décision soit en cohérence avec la loi et la logique positive qui la structure, le sens aigu de la légalité en sa finalité servant l'impartialité pour la justice " selon, Jean-Philippe Pierron, dans le cadre d'une étude réalisée pour ce dossier.

Soucieuse également de la lisibilité et de la compréhension de ses arrêts pour une meilleure acceptabilité, la Cour de cassation enrichit désormais sa motivation pour expliquer sa décision et notamment en matière de revirement de jurisprudence créatrice de droit.

Elle garantit ainsi une cohérence normative qui s'entend de l'intégration d'une nouvelle norme au droit positif mais aussi de l'articulation de la norme nationale avec la norme internationale.

Ainsi le juge de cassation est au service de la cohérence du droit dans son application et son évolution.

Or, le principe d'irrecevabilité revient à appliquer une décision obsolète, à valider une décision devenue contraire au droit positif en son dernier état alors que le revirement de jurisprudence constitue par principe une amélioration du droit et comme telle, justifie le réexamen d'affaires délicates (F. G'Sell- Macrez " retour sur la portée des revirements de jurisprudence, à propos des arrêts la Briocherie et Centea du 21 décembre 2006, revue Lamy des affaires, n^o15, 882, p35).

Il y a donc un paradoxe entre le rôle du juge de cassation d'assurer la cohérence par l'application du droit le plus positif et l'application systématique sans modération du principe d'irrecevabilité du moyen qui l'empêche d'assurer cette mission alors même que le débat n'est pas clos.

Les conséquences sont d'une part, que ce principe d'irrecevabilité fige le système juridique incapable d'assurer la bonne insertion de la nouvelle règle dans l'ordre existant et contrairement à l'effet recherché, met en péril l'unité du droit, la cohérence de la solution nouvelle par rapport au droit positif le plus moderne, en perpétuelle évolution influencé par ses sources nationales et internationales dont le juge de cassation est le garant.

D'autre part, par voie de conséquence, ce principe de l'irrecevabilité conduit la Cour de cassation à manquer à son devoir de dire le droit le plus positif, en limitant sa capacité d'examen au fond des pourvois, et expose la responsabilité de l'État, sur le fondement de [l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire](#).

L'irrecevabilité opposée mécaniquement aboutit à maintenir des solutions contraires à la légalité et la Cour de cassation laisse prospérer ces solutions discutables, qui sont soumises à son contrôle, mais qu'elle préfère ignorer.

Le plaideur pourrait ainsi engager la responsabilité de l'Etat pour déni de justice consistant pour une juridiction compétente à refuser de juger une affaire qui lui est soumise, alors même qu'elle est compétente *ratione temporis* (R. Libchaber, note précitée ; C. et L. Ruet, Défrénois, n^o 05/07, note jurisprudence 38552, p363).

On ajoutera que la Cour EDH juge que les juridictions nationales sont les premières responsables de la cohérence de leur jurisprudence et que son intervention à cet égard doit demeurer exceptionnelle (Nejdet ^aahin et Perihan ^aahin c.Turquie, précité, § 94).

Certains auteurs suggèrent de consacrer un devoir de cohérence dans le code civil pour guider le juge dans l'élaboration de la jurisprudence. (D. Gutmann, " le juge doit respecter la cohérence du droit " réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil, Le titre préliminaire du Code civil, Economica, 2003, p109.)

Force est de constater que le principe d'irrecevabilité fait obstacle à la mise en œuvre du rôle du juge de cassation.

Ainsi, écarter le principe de l'irrecevabilité est en cohérence avec la mission du juge et en ré-ouvrant une voie de recours procure au juge de cassation les moyens d'une " élasticité ", d'une " flexibilité " à changer, à s'adapter, à rectifier ses erreurs, mais aussi une faculté et une capacité à ne pas laisser dans l'ordonnancement un arrêt critiquable, à se mettre en cohérence avec les autres chambres de la Cour en cas de divergences, à être à l'écoute des critiques qui peuvent être formulées par la doctrine et à réagir face à ces critiques, à être dans l'écoute des cours d'appel et du justiciable et dans un dialogue avec les autres cours nationales et internationales.

C'est précisément afin de pouvoir mettre en œuvre cette cohérence normative que la première chambre civile de la Cour de cassation, par deux arrêts récents, a écarté le principe de l'irrecevabilité du moyen.

Dans un premier arrêt, elle a motivé sa décision sur l'objectif de cohérence normative visant à ce que les règles jurisprudentielles s'accordent avec de nouvelles dispositions légales (1^{re} Civ., 10 janvier 2018, pourvoi no 16-22.494, Bull. 2018, I, no 2).

Or, pour se faire, elle a dû écarter l'obstacle du principe de l'irrecevabilité.

" Les articles L. 111-1-2 et L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution issus de la loi n^o 2016-1694 du 9 décembre 2016, selon lesquels la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution est subordonnée à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, ne concernent que les seules mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de cette loi.

Toutefois, pour les mesures d'exécution mises en œuvre avant cette entrée en vigueur, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des Etats et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de faire application à ces situations de la jurisprudence conforme à ces nouvelles dispositions (1^{re} Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n^o09-72.057, Bull. 2011, I, n^o 153 (rejet) ; 1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvois n^o 10-25.938 et 11-10.450, Bull.2013, I, n^o 62 et 63 (rejet)), de sorte que doit être annulé l'arrêt d'une cour d'appel rendu en conformité d'une jurisprudence, certes postérieure, mais divergente (1^{re} Civ., 13 mai 2015, pourvoi n^o 13-17.751, Bull. 2015, I, n^o 107 (cassation))."

En effet, pour justifier sa position, la première chambre civile de la Cour de cassation " inaugure un objectif de cohérence et de sécurité juridique jusqu'alors inédit et pourtant omniprésent en jurisprudence " (Selon l'expression empruntée à P. Deumier et L. Usunier, le re-revirement de jurisprudence, source tumultueuse du droit, RTD civ. 2018p353).

La première chambre a motivé sa décision compte tenu de l'impérieuse nécessité de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de faire application à ces situations de la jurisprudence conforme à ces nouvelles dispositions.

Si certains auteurs ont critiqué cet arrêt de la première chambre civile au regard de sa propre cohérence jurisprudentielle, il n'en demeure pas moins que le souci de cohérence normative impliquant que toutes les règles, initialement jurisprudentielles puis légales, disent la même chose, a été salué (B. Haftel, Recueil Dalloz 2018, p541).

Dans un second arrêt, la première chambre a motivé sa décision dans un souci de cohérence normative au regard d'une norme internationale, en l'espèce le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (1^{re} Civ., 30 janvier 2019, pourvoi no 16-25.259).

Et pour ce faire, elle a dû également écarter l'obstacle du principe de l'irrecevabilité du moyen.

"Par arrêt du 20 octobre 2011 (C-396/09 Interedil), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale soit liée par une règle de procédure nationale, en vertu de laquelle les appréciations portées par une juridiction supérieure nationale s'imposent à elle, lorsqu'il apparaît que les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour.

Il s'ensuit qu'un moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est recevable lorsqu'il soutient, à bon droit, que les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne.

D'où il suit que, bien que la cour d'appel de renvoi se soit conformée à la doctrine de l'arrêt qui l'avait saisie, l'annulation est encourue."

Enfin, dans un arrêt très récent, 1^{re} Civ., 3 février 2021, pourvoi no 19-10.669 la première chambre a réaffirmé sa position "la cour d'appel, qui a fait application des règles du droit positif en se plaçant, comme elle le devait, à la date à laquelle elle statuait,

Elle n'a pas, ainsi, porté atteinte à la sécurité juridique, laquelle ne peut faire obstacle à l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, dès lors que la société n'a pas été privée du droit à l'accès au juge. "

Il s'ensuit que le principe de l'irrecevabilité doit être écarté en ce qu'il n'est pas compatible avec le rôle du juge de cassation garant de la cohérence générale du droit le plus positif.

7.2 La valeur normative de la jurisprudence, le principe de rétroactivité et la modulation des effets d'un revirement de jurisprudence

Il convient de préciser que ce n'est pas la reconnaissance du rôle créateur de droit de la jurisprudence lorsqu'elle émane de la formation la plus solennelle de la Cour de cassation qui est en débat, mais bien ses effets dans le temps.

" *La jurisprudence est l'ensemble des décisions judiciaires d'où se dégage une règle de droit constamment suivie par le juge dans le passé ou à laquelle il se tiendra à l'avenir. Elle possède un caractère normatif indéniable* " (P. Malaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, 7^e édition, 2018).

" *S'il incombe à toute juridiction de procéder à l'interprétation de la règle de droit, la Cour de cassation exerce en la matière une manière de magistère, seuls les arrêts de la Cour de cassation sont susceptibles, en définitive, de " faire jurisprudence "* (Doyen Prétot, note précitée).

A ce titre les auteurs P. Malaurie et P. Morvan, précités, soulignent que les juridictions supérieures dominant l'ordre juridique interne (Cour de cassation, Conseil d'Etat) ou international (Cour de justice de l'Union, Cour EDH) affirment que leur jurisprudence est source du droit positif au même titre que la loi.

Si aux termes de l'article 2 du code civil qui dispose que : " la loi ne vaut que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ", en revanche, par nature, son interprétation par le juge est rétroactive puisque la décision de justice statue nécessairement sur des actes ou faits du passé. L'effet rétroactif de la jurisprudence découle de son caractère interprétatif.

Cette rétroactivité s'applique au revirement de jurisprudence, de sorte que la nouvelle règle a vocation à s'appliquer aux instances en cours ce qui est en cohérence avec l'évolution du rôle normatif du juge de cassation.

Or, les revirements de jurisprudence amplifient la rétroactivité, car c'est " *un changement plus radical : " la Cour disait blanc, elle dit noir "...mais dans le même temps " le revirement démasque l'artifice de la présomption attachée à la chose jugée : vérité hier, erreur aujourd'hui " ; la jurisprudence n'est plus l'interprétation de la loi, elle est source " évolutive du droit "*" (P. Malaurie et P. Morvan, précités).

On est ici au cœur de la difficulté de ce dossier, le nœud du problème, si on vient à écarter le principe de l'irrecevabilité du moyen et par voie de conséquence à appliquer la nouvelle règle au litige en cours, car certains craignent ses effets rétroactifs et leur portée.

Il est évident que la portée de l'application à l'instance en cours du revirement de jurisprudence et par voie de conséquence de la possibilité de faire valoir un changement

normatif recouvrira des situations et des réalités très différentes et ce d'autant qu'il s'agira d'une procédure civile ou pénale.

Ce sont ces craintes qui ont conduit à l'immobilisme et à une solution d'évitement.

Or, le principe de rétroactivité de la jurisprudence n'implique pas pour autant soumission aveugle à l'autorité d'un précédent, serait-il d'assemblée plénière.

Ainsi, pour limiter les effets découlant de la rétroactivité, certaines juridictions se réservent la possibilité de moduler ou de restreindre la portée d'un arrêt dans le temps : la CJUE, la Cour EDH, le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation.

Il est inutile de revenir sur l'intensité du débat qui avait accompagné sa consécration en droit français (Civ. 2e, 8 juill. 2004, n^o 01-10.426, D. 2004. 2956, note C. Bigot ; D. 2005. 247, chron. P. Morvan ; AJ pénal 2004. 411, obs. J. Leblois-Happe ; RTD civ. 2005. 176, obs. P. Théry ; N. Molfessis (dir.), Les revirements de jurisprudence, LexisNexis, 2005 et le dossier publié à la RTD civ. 2005. 293). jurisprudence, novembre 2004, retient que " *le choix de la modulation implique qu'il appartient à la Cour, au vu des éléments d'information qui lui sont fournis par le débat contradictoire, d'apprécier s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité de principe du revirement et les inconvénients qu'emporte cette rétroactivité sur la situation des justiciables, la protection du droit d'action en justice pour une atteinte aux droits de la personnalité fait partie des exigences du procès équitable que la Cour doit prendre en considération* ".

Cette " paralysie " de la rétroactivité du revirement, appelée " revirement pour l'avenir ou prospectif " ou encore " retour vers le futur " a été consacrée par un arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2006 (Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi no 00-20.493, Bull. 2006, Ass. plén, no 15).

Or, le même jour la Cour de cassation consacrait à nouveau le principe de l'irrecevabilité du moyen (Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi no 05-11.966, Bull. 2006, Ass. plén, no 14).

Il y a un paradoxe certain à ce que, le même jour, la Cour de cassation ait réaffirmé le principe de l'irrecevabilité du moyen afin d'éviter le " délicat problème de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence et donc la question de l'application de la nouvelle jurisprudence aux instances en cours " et en même temps, consacré le principe de la modulation dans le temps des effets de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence.

Ce paradoxe est d'autant plus marqué qu'à ce jour, la modulation des effets dans le temps des revirements de jurisprudence est admise par toutes les chambres de la Cour de cassation et qu'elle est décidée in concreto au cas par cas.

En outre cette modulation peut intervenir soit ab initio, dans l'arrêt qui opère le revirement soit des mois, voire des années plus tard, dans une autre affaire si la Cour de cassation estime que l'application immédiate de la règle issue d'un revirement de jurisprudence à une instance en cours porte atteinte au procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Com., 21 mars 2018, pourvoi no 16-28.412, Bull. 2018, IV, no 33).

Ainsi, si l'arrêt de revirement ne dit rien sur la modulation des effets de son revirement, ce qui est précisément notre cas d'espèce, par principe la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne.

Mais lors de la mise en œuvre de ce principe, le juge de cassation doit procéder à une évaluation des inconvénients qui pourraient justifier qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste.

Donc, la Cour de cassation a accompli un revirement tout en s'abstenant de censurer l'arrêt déféré au motif que l'application immédiate d'une règle de la procédure dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la Convention EDH.

" Attendu, cependant, que, si la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste ; que les assignations en cause, dont les énonciations étaient conformes à la jurisprudence de la première chambre civile, ont été délivrées à une date à laquelle la société et les consorts Picchetti ne pouvaient ni connaître ni prévoir l'obligation nouvelle de mentionner le texte édictant la peine encourue ; que, dès lors, l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle de procédure dans l'instance en cours aboutirait à priver ces derniers d'un procès équitable, au sens en leur interdisant l'accès au juge " (1re Civ., 6 avril 2016, pourvoi no 15-10.552, Bull. 2016, I, no 80).

Force est de constater que le juge de cassation procède à un contrôle de proportionnalité pour apprécier qu'il soit fait exception au principe d'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle nouvelle dans l'instance en cours, sur le fondement du procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention EDH.

Commentant cet arrêt, P. Deumier souligne que *" Le mode d'emploi de la modulation repose sur une balance des avantages et des inconvénients de la rétroactivité, balance qui doit accuser une disproportion manifeste pour autoriser une modulation, renforçant ainsi son caractère exceptionnel et la primauté du principe de rétroactivité... . Les différentes modulations sont en effet nées de la nouvelle gestion par les juridictions des effets de leurs décisions sur le système juridique ; elles impliquent dès lors un raisonnement conséquentialiste, partagé par les modulations AC ! du Conseil d'État et les modulations QPC du Conseil constitutionnel, et défendu dès le rapport Molfessis. La Cour de cassation précise en outre que cette balance doit se faire " au cas par cas ". Là encore, la méthode permet de cantonner les hypothèses de non rétroactivité mais, dans le même temps, elle génère une insécurité juridique pour l'application dans le temps de la nouvelle jurisprudence. Pour réduire ces incertitudes, la Cour de cassation s'est déjà avancée à limiter de façon générale la rétroactivité procédurale d'une nouvelle jurisprudence pour " les instances introduites par un pourvoi dont le mémoire en demande aurait dû être signifié avant le 5 juillet 2012, date du présent arrêt " (Civ. 1re, 5 juill. 2012, n^o 11-18.132, D. 2012. 1821). En revanche, elle n'a pour l'instant jamais recouru à l'édition de dispositions transitoires, comme le Conseil d'État l'a fait pour préciser l'application aux instances en cours mais aussi aux situations passées de sa jurisprudence en matière de contentieux contractuel (CE, ass., 16 juill. 2007, n^o 291545, Société Tropic travaux signalisation, au Lebon avec les conclusions ; AJDA 2007. 1577 chron. F. Lenica et J. Boucher;*

Dans un registre proche, la première modulation pratiquée par le Tribunal des conflits a pris la forme d'une règle de conflit, selon laquelle " la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu " (T. confl. 9 mars 2015, Autoroutes du Sud de la France (Sté), Lebon ; AJDA 2015.481) (P. Deumier, RTD Civ 2017, p77).

Le juge procède au contrôle de proportionnalité, au cas par cas, in concreto, en fonction des intérêts en balance, d'une part, les droits fondamentaux au procès équitable et l'impératif d'uniformité de son interprétation qui fondent le revirement, d'autre part, les raisons puissantes justifiant la rétroactivité de principe de la jurisprudence. " En effet, ce n'est pas sans raison que ce principe est reconnu dans tous les systèmes juridiques en dépit de ses inconvénients évidents. Ces raisons tiennent à la nature même de la norme jurisprudentielle, créée à l'occasion d'un cas, par hypothèse déjà réalisé, et en vue d'application à ce cas : l'office même du juge implique qu'il fasse application de

l'interprétation qu'il reconnaît comme la plus pertinente " (P. Deumier, RTDCiv 2017, p77).

Depuis peu la chambre sociale et la première chambre civile de la Cour de cassation affirment la nécessité de tenir compte de " l'évolution du droit ", Soc., 21 septembre 2017, pourvoi no 16-20.103, Bull. 2017, V, no 148 voire de l'évolution de la jurisprudence Soc., 7 février 2018, pourvoi no 16-24.231, Bull. 2018, V, no 18 et 1re Civ., 3 février 2021, pourvoi no 19-10.669 ou encore de l'évolution simultanée de la législation et de la jurisprudence, Soc., 30 novembre 2017, pourvoi no 16-20.534 et autres, Bull. 2017, V, no 204 ou de l'objectif de cohérence et de sécurité juridique 1re Civ., 10 janvier 2018, pourvoi no 16-22.494, Bull. 2018, I, no 2, précité).

Force est de constater que le pouvoir de modulation du juge permet de trouver une logique d'équilibre entre le principe de la légalité, de l'unité du droit, de l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle nouvelle dans l'instance en cours et du procès équitable, en cohérence avec l'évolution du rôle normatif du juge de cassation. de la Cour de cassation ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable. Elle écarte le grief d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif que " les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante " (CEDH, 18 déc. 2008, Unedic c. France, n^O20153/04).

" La rétroactivité cinglante de la jurisprudence n'est plus inéluctable. La figure du revirement pour l'avenir ou prospectif a éclos en droit français. La prohibition des arrêts de règlement (article 5 du code civil) n'a pas entravé cette pratique déduite par le juge judiciaire du droit au procès équitable, article 6 de la Convention EDH et que l'article 2 du code civil étaye plus solidement. Ce revirement est commandé par l'équité qui fournit le critère que n'offriront jamais les notions de sécurité juridique, de confiance ou d'attentes légitimes, dépourvu de sens précis et facteur ...d'insécurité juridique" (P. Morvan, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir, Recueil Dalloz, 2005, n^O4 et P. Malaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, 7e édition, 2018).

Il s'ensuit que les craintes liées à l'application du revirement de jurisprudence à l'instance en cours sont désormais dépassées et maîtrisées et à ce titre, le maintien du principe de l'irrecevabilité ne se justifie plus, voire est inutile au regard de l'équilibre instauré par le mécanisme de modulation de l'effet rétroactif d'un revirement commandé par l'équité.

En réalité, ce sont donc des considérations d'équité qui justifieront l'application immédiate du changement normatif aux procès en cours. " L'équité qui fournit le critère de mise en œuvre de la cohérence du droit que ne peuvent offrir les notions de sécurité juridique, de confiance ou d'attente légitimes diffuses et malléables. " (P. Morvan, " le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon ", Recueil Dalloz, 2005, n^O4).

Le revirement pour l'avenir peut être appliqué d'office par le juge dans tous les domaines du droit civil et pénal chaque fois que l'équité en commande l'usage.

Cette solution a le mérite de la cohérence et garantit que les droits des parties, qu'elles soient en demande ou en défense, soient équitablement respectés.

Les effets de l'application du revirement de jurisprudence à l'instance en cours peuvent donc être contrôlés et maîtrisés dans tous les domaines tant au civil qu'au pénal.

8. Conclusion générale sur la nécessaire évolution du principe de l'irrecevabilité du moyen

Il résulte de l'ensemble de ces développements que les arguments qui ont pu prévaloir pour justifier le principe de l'irrecevabilité du moyen sont désormais inopérants de sorte que ce principe doit être écarté au regard des considérations de dynamisme et de cohérence jurisprudentiels.

Je vous invite donc à l'occasion de ce pourvoi, à revenir sur votre jurisprudence de 1971, et à mettre fin au principe d'irrecevabilité du moyen qui tend à remettre en cause la doctrine de la Cour aux motifs que ce principe n'est pas fondé juridiquement, qu'il est paradoxal avec l'évolution du rôle normatif du juge de cassation et la modulation dans le temps de l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle de droit nouvelle à l'instance en cours.

Cette solution trouve appui dans le mécanisme de modulation de l'effet rétroactif d'un revirement commandé par l'équité et son fondement dans le procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Conv EDH et dans la double acception de l'équité objective et subjective.

Elle permet par ailleurs de mettre fin au paradoxe des deux arrêts de 2006 et donc à la Cour de cassation d'assurer sa mission de cohérence jurisprudentielle. Elle permet également de mettre fin aux divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour de cassation puisque le principe d'irrecevabilité peut y faire obstacle et ainsi laisser dans l'ordonnancement juridique des décisions contradictoires (ex : 1^{re} Civ., 3 février 2021, pourvoi n^o 19-13.663, l'avocat général et la doctrine invitaient la Cour de cassation à mettre fin à la divergence).

Pour mémoire, la Cour EDH juge que le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 a été défini dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, §§28-36, se référant aux principes de la prééminence du droit et de l'interdiction de tout pouvoir arbitraire qui sous-tendent la Convention : la Cour a dit que le droit d'accès à un tribunal était un élément inhérent aux garanties consacrées par l'article 6 (*Zubac c. Croatie*[GC], §§76 et suivants).

Le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 §1 exige l'existence d'une voie judiciaire effective permettant de revendiquer les droits civils (*Bileš et autres c. République tchèque*, §49; *Naït-Liman c. Suisse*[GC], § 112).

Le droit à un procès équitable devant un tribunal, garanti par l'article 6§1, doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des États contractants (*Brumărescu c. Roumanie*, §61; *Nejdet ^aahin et Perihan ^aahin c. Turquie*[GC], §57).

Ainsi vous pouvez, sur le fondement que la Cour de cassation a déjà retenu dans son arrêt d'assemblée plénière du 23 janvier 2004, pourvoi no 03-13.617, Bull. 2004, Ass. Plén, no 2, procéder à un revirement de la jurisprudence comme suit :

« Le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent au principe de l'irrecevabilité du moyen qui tend à remettre en cause la doctrine de la Cour ».

Ou « Le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales imposent de déclarer recevable le moyen qui tend à remettre en cause la doctrine de la Cour »

Ou « Le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales commandent à la Cour de cassation de modifier sa jurisprudence et de revenir sur le principe de l'irrecevabilité du moyen qui tend à remettre en cause la doctrine de la Cour ».

La notion de principe de prééminence du droit prise en son acception de la volonté de soumettre effectivement les actes des autorités publiques aux droits de l'homme, permet de retenir une interprétation qui donne son plein effet utile à la notion de procès équitable sans s'attacher à des interprétations trop formalistes incompatibles avec la notion de recours effectif (C. et L. Ruet, Défrénois, n^O 05/07, note jurisprudence 38552, p363).

Si toutefois, la Cour de cassation ne souhaite pas aller si loin et préfère avancer par petits pas, elle peut moduler l'application du principe de l'irrecevabilité en prévoyant des exceptions.

Je n'engage pas la Cour à entrer dans trop de distinctions sur les exceptions au risque de générer un système d'une complexité telle qu'il sera inapplicable et donnera lieu à contentieux sur l'interprétation du champ des exceptions.

Cette complexité s'ajouterait à celle qui tend à intégrer une considération de fond pour juger de la recevabilité du pourvoi puisque qu'il appartiendra à la Cour d'apprécier l'existence d'une norme au fondement du revirement et le caractère effectif de l'effet rétroactif du revirement à l'égard du plaideur.

« *Juger de l'irrecevabilité au moyen d'un examen au fond méconnaît nombre de principes relevant de l'orthodoxie juridique* » (H. Guyader, Conditions d'examen des pourvois dirigés contre les arrêts de renvoi conforme à la position déjà acquise », La semaine juridique Edition Générale, n^o5, 31 janvier 2007, II, 10016).

Ainsi, j'invite la Cour à admettre la recevabilité du moyen sur les critères suivants : une norme nouvelle (modification du droit positif), applicable à la résolution du litige et susceptible de conduire à une solution différente, sur le fondement déterminant de l'article 6 de la Convention EDH.

Il s'ensuit que ce qui compte, c'est la valeur normative de l'évolution, sa cause, sa portée et son effet immédiat sur l'instance en cours.

Ainsi, le changement normatif peut émaner d'une loi déclarée rétroactive ou interprétative ou dont les effets ont vocation à s'appliquer immédiatement au procès en cours. Le premier avocat général, M. Charpenel, dans son avis précité, donnait des exemples d'arrêts de la Cour de cassation dans lesquels elle a appliqué immédiatement à des procès en cours de nouvelles dispositions législatives, comme pour les victimes d'accidents de la circulation, (assemblée plénière de 1985), la loi du 30 juin 2000 sur le divorce (2^{ème} chambre civile), la loi ALUR (avis du 16 février 2015).

Comme pour notre cas d'espèce, le changement normatif peut émaner d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation dans sa formation la plus solennelle en assemblée plénière ou tout du moins en chambre mixte. Peu importe la date à laquelle le revirement est intervenu puisque le litige n'est pas clos. À mon sens, ce critère serait une source de complexification et ce qui compte c'est la valeur normative du revirement et son effet immédiat à l'instance en cours.

Le changement normatif peut également émaner d'une norme supérieure dont la prise en compte s'impose aussitôt à la Cour de cassation résultant : soit norme internationale (droit de l'Union, Conv EDH), soit une décision de la Cour EDH ou de la CJUE, soit une décision du Tribunal des conflits ou encore du Conseil constitutionnel (décision, décision QPC ou encore réserve d'interprétation (La réserve d'interprétation " s'agglomère en effet au texte examiné, en ajoutant à la loi, avec la même force qu'elle "de sorte qu'elle s'est " incorporée à la loi " ; La rétroactivité est considérée comme " l'effet normal " de la réserve par la doctrine, car " l'interprétation délivrée, censée avoir un caractère déclaratoire, produit ses effets dès l'entrée en vigueur des dispositions interprétées ", (Secrétariat général du Conseil constitutionnel, Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, 14 décembre 2002). Lorsque le caractère rétroactif de la réserve apparaît perturbateur pour la sécurité juridique, le Conseil se reconnaît compétent pour en moduler les effets dans le temps par voie de précisions dans les motifs et le dispositif (V. not. Cons. const., déc. n^o2010-62 QPC du 17 décembre 2010, considérant 7)).

La doctrine invite la Cour de cassation à évoluer dans ce sens (R. Libchaber dans sa note précitée : " *...Il suffit alors d'adorner l'attendu de principe de 1971 d'une réserve : le moyen qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait est irrecevable, sauf à ce qu'une norme nouvelle, invocable devant la Cour, soit susceptible de conduire à une solution différente.*

Ce raffinement aurait permis à la Cour de prendre acte des évolutions normatives, pour les incorporer aussitôt. ")

9. Application au cas d'espèce

9.1 La recevabilité ou l'irrecevabilité

Soit vous décidez, comme je vous le suggère, de mettre fin au principe d'irrecevabilité : vous jugerez alors que le moyen est recevable et annulerez la décision de la cour d'appel qui a déclaré le pourvoi irrecevable et par voie de conséquence renverrez l'examen au fond de l'affaire à l'appréciation souveraine des juges du fond. Soit vous maintenez le principe de l'irrecevabilité et vous devrez alors procéder à ce stade de la recevabilité à l'appréciation de l'existence de l'exception soulevée, d'une part sur la réalité du revirement et d'autre part sur le caractère effectif de l'effet rétroactif du revirement à l'égard du plaideur afin d'apprécier les mérites de l'accès au juge de cassation au moyen d'un contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour EDH.

Si vous adoptiez cette seconde solution, je souhaite vous apporter les observations suivantes qui relèvent en principe d'un examen au fond du dossier et seront à cet égard utiles.

Il n'est pas contesté que par arrêt du 5 avril 2019, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et jugé que désormais tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité et obtenir réparation de son préjudice d'anxiété, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans un établissement figurant sur la liste prévue par la loi de 1998 (Ass. plén., 5 avril 2019, pourvoi no 18-17.442).

Ce revirement émane de la formation la plus solennelle de la Cour de cassation.

Par arrêt du 5 juillet 2018, la cour d'appel de Paris a débouté le salarié de sa demande au titre du préjudice d'anxiété au motif que l'indemnisation du préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante répond à un régime spécifique qui n'est ouvert qu'aux salariés travaillant ou ayant travaillé dans un établissement de leur employeur figurant sur la

liste des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Or, l'assemblée plénière de la Cour de cassation par arrêt du 5 avril 2019, a jugé que désormais tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante peut agir contre son employeur sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans un établissement figurant sur la liste des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Il y a donc bien une contrariété de la décision de la cour de renvoi à la solution résultant du revirement.

Le moyen unique à une branche qui est soulevé fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le salarié de sa demande de dommages et intérêts en réparation de son préjudice d'anxiété aux motifs que ce régime spécial n'est ouvert qu'aux salariés travaillant ou ayant travaillé dans un établissement mentionné à [l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998](#) ; alors qu'en application des règles du droit commun, sur le fondement [de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016](#), régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur, pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Le moyen soulevé est donc identique à la contrariété de la décision de la cour de renvoi à la solution résultant du revirement.

Il n'est pas contesté que l'arrêt du 5 avril 2019 est un revirement de jurisprudence.

La cause de ce revirement réside dans la volonté et les prévisions de la chambre sociale de faire évoluer sa jurisprudence en la matière, comme le rappelle la première avocate générale, Mme Courcol- Bouchard, dans son avis :

« Si la chambre sociale, justement préoccupée par les conséquences (pas seulement financières, [il s'agissait aussi de donner aux juges du fond, très sollicités par un contentieux massif, des repères clairs. A l'occasion du présent pourvoi, le SDER a retrouvé 11.141 arrêts de cours d'appel employant les mots-clés "préjudice d'anxiété, amiante, exposition, obligation de sécurité"]) de ses décisions, a ainsi souhaité éviter la multiplication des demandes au titre d'un préjudice moral par nature subjectif et exposés avec la même intensité au même risque et apparaît dès lors inéquitable.

Cette jurisprudence repose par ailleurs sur un fondement juridique fragile, s'adossant à une loi dont l'objet était de compenser la perte d'espérance de vie de certains travailleurs (et dont la mise en œuvre pouvait être elle-même créatrice d'inégalités), pour neutraliser pour d'autres l'obligation de sécurité des employeurs.

Ces difficultés n'ont pas échappé aux magistrats de la chambre, et cela depuis longtemps. Ils ont souhaité, dès lors qu'ils étaient saisis d'un pourvoi conduisant à remettre frontalement en cause cette jurisprudence, réévaluer celle-ci en saisissant le premier président de la Cour afin qu'en soit saisie votre assemblée plénière (Cette démarche a été publiquement exposée par le doyen de la chambre sociale lors d'un colloque organisé le 23 novembre 2018 sur la santé au travail (cf. Françoise Champeaux, Les évolutions de la jurisprudence en santé au travail, SSL 10 décembre 2018, n°1840).

Si, comme je le pense, il n'est plus possible aujourd'hui d'interdire à des salariés, qui justifient de leur exposition aux poussières d'amiante, de demander réparation de leur préjudice d'anxiété au seul motif qu'ils ne sont pas éligibles à l'ACAATA, des conditions strictes devront encadrer leur mise en cause de la responsabilité patronale. »

L'arrêt de l'assemblée plénière du 5 avril 2019, au moyen d'une motivation enrichie, justifie ce revirement comme suit : « Qu'il apparaît toutefois, à travers le développement de ce contentieux, que de nombreux salariés, qui ne remplissent pas les conditions prévues par

l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 modifiée ou dont l'employeur n'est pas inscrit sur la liste fixée par arrêté ministériel, ont pu être exposés à l'inhalation de poussières d'amiante dans des conditions de nature à compromettre gravement leur santé ;

Que dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre, en application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, que le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur, pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 modifiée. »

Ainsi la portée du revirement est d'importance puisqu'il s'agit « d'ouvrir le champ de la réparation du préjudice d'anxiété » (D. Asquinazi-Bailleux note Dr. soc. 2019, p. 456), par un droit à réparation du préjudice d'anxiété à des salariés, quand bien même ils n'auraient pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, qui justifient de leur exposition aux poussières d'amiante.

Force est de constater que le revirement modifie le droit positif et ouvre un droit nouveau au plaideur, le droit à réparation de son préjudice d'anxiété.

Ce revirement est intervenu alors que le litige n'était pas clos.

L'arrêt du 5 avril 2019 n'ayant pas prévu de dispositions sur les effets du revirement, la jurisprudence nouvelle émanant de ce revirement s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne.

En outre, cette modification du droit positif, applicable à la résolution du litige est susceptible de conduire à une solution différente de celle de l'arrêt de renvoi critiquée.

Enfin, le second pourvoi en cassation est l'unique possibilité, l'ultime recours ouvert au plaideur pour faire valoir ce nouveau droit.

Ainsi, le principe de l'irrecevabilité interdit au plaideur de faire valoir un droit effectif au moyen de l'ultime accès à la Cour de cassation qui lui est ouvert. exception principe d'irrecevabilité.

Il s'ensuit que l'application du principe d'irrecevabilité en ce qu'il atteint la substance même du droit du plaideur à faire valoir un droit effectif résultant d'une évolution jurisprudentielle au moyen du seul accès ouvert, porte une atteinte disproportionnée à son droit d'accès au tribunal au sens de l'article 6§ 1 de la Convention EDH.

Ainsi le droit d'accès au juge de cassation est justifié et par voie de conséquence l'exception d'irrecevabilité caractérisée, vous pourrez juger que :

« L'application du principe d'irrecevabilité du moyen qui tend à revenir sur la doctrine de la Cour, doit être écarté en raison de la nouvelle norme issue d'un revirement de jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 avril 2019, applicable à l'instance en cours, en ce qu'il aboutirait à priver le plaideur d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès à un recours effectif. »

Il conviendrait donc d'annuler l'arrêt de la cour d'appel de ce chef.

9.2 Le fond du dossier

Il appartient au plaideur de démontrer qu'il peut se prévaloir d'un droit nouveau applicable au litige sur lequel il peut fonder son action en responsabilité contre l'employeur.

En l'espèce, ce droit à réparation résulte du revirement de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 avril 2019, qui a jugé que désormais tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante peut agir contre son employeur sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans un établissement figurant sur la liste des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Ainsi, il lui appartient de démontrer que la norme nouvelle est applicable au litige et le caractère effectif de l'effet rétroactif du revirement son égard.

Les précédents développements qui relèvent d'un examen au fond du pourvoi démontrent que d'une part le nouveau droit d'action dont le plaideur se prévaut est applicable au litige et d'autre part le caractère effectif de l'effet rétroactif du revirement à son égard.

Toutefois, en l'absence de dispositions transitoires prévues à l'arrêt du 5 avril 2019, le juge devra apprécier par un contrôle de proportionnalité s'il doit être fait exception au principe de l'application immédiate à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle nouvelle dans l'instance en cours et par voie de conséquence s'il convient de moduler les effets rétroactifs du revirement, sur le fondement du procès équitable au sens de l'article 6 § 1, de la Convention EDH.

Les précédents développements sur la valeur normative du revirement du 5 avril 2019 (la cause et la portée normative) plaident en faveur de l'application immédiate, à ce nouveau droit dans l'instance en cours.

Mais il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages et les inconvénients qui sont attachés à la mise en œuvre du principe selon lequel l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une nouvelle norme dans l'instance en cours, aboutirait à priver le plaideur d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En outre, selon l'arrêt du 5 avril 2019, il appartient au plaideur qui se prévaut du droit à réparation de son préjudice d'anxiété de rapporter la preuve d'une faute, du lien de causalité et de l'existence d'un préjudice.

La Cour de cassation exige que le plaideur rapporte la preuve d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, pour agir contre son employeur sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité.

Comme indiqué, ces éléments ressortent d'une appréciation souveraine des juges du fond auxquels il conviendrait de renvoyer le présent litige.